



P O R

ANTONIO SVAREZ
Prieto, y Christoual Martin
Escacena, Patronos del Patro-
nazgo, que fundò Iuan de Mõ
tesdoca, difunto en Indias; y
don Alonso Eruias y confor-
tes, terceros que han salido al
pleyto, que tratan

C O N

Rodrigo de Escobar, sobre el
cumplimiento de la requisitoria de la Audiencia
de Panama, se suplica a V.m. passe los ojos
por esta replica a la informacion de
la parte contraria.

En Granada, por Martin Fernandez Zambrano, en la calle
del Pan, frontero de san Gil, Año de 1629.

N El numero 1. de su alegacion, la parte contraria, para responder al exceso que hizieró los dichos Iuezes, en conócer, con color de la causa criminal, de la restitución

de la dote y bienes multiplicados, responde, que el Iuez de la causa criminal, puede conócer incidentalmente de la restitucion de los intereses y daños: para lo qual alega a Bartul. en la linterdum, §. qui fuerit, ff. de furtis, Farin. de inquisit. quæst. 1. num. 64. tom. 5.

2 Esto no tenia necesidad de replica, porque son doctrinas solidas; mas ha se de entender de los intereses de la misma accion criminal, como el ladron, fuera de pena corporal, en restitucion de la cosa hurtada; en el estrupante, en los intereses de auer perdido el casamiento, que viene a ser la dotation, cap. 1. y fin. de adulterijs. Mas la accion civil que tiene vno, para cobrar la dote y bienes multiplicados, es cosa fuera de proposito mezclalla con la accion criminal, ni juzgar sobre ello, auiendo declinado jurisdiccion, y protestado no responder, y auello sentenciado sin auer auido declaracion sobre este articulo: y no se curò per progressum ad vltiora por las comunes doctrinas de Bald. in l. a procedente, y alli los demas Doctores, como quiere afirmar la parte contraria en el nu. 2 porque la contestacion es la piedra angular de todos los juzgios, gloss. in cap. dudum, el 2. de elect. Banci. de nullita. ex defectu processus, num. 28. Marant. in Specul. aur. membr. 10. num. 1. Viuius, decis. 310. num. 12. & adeo est substantialis, quod illi partes renuntiari non possunt, gloss. in cap. ex causis, de officio deleg. cap. 1. de litis contestatione in 6. Afflict. decis. 161. num. 8. Y asì se hallarà, que aunque respondio al libelo de la causa criminal, siempre fue protestando no tener obligacion de responder a la demanda de la dote, ni arras.

3 Pero

3 Pero en fin ya suponemos, que nombraron Contadores Rodrigo de Escobar, y Iuan de Montedoca, con la dicha protestacion; y que auiendo dicho de agrauios, la causa se recibio a prueua: y este auto se notificô a Manuel Suarez, que tenia poder de Iuan de Montedoca, dos meses antes, general para pleytos, mouidos y por mouer; y q̄ en este pleyto no auia hecho autos, porque el procurador con quien se auia seguido todo el pleyto, era Agustin Flores, y sin estar reuocado, y siendo viuo, y procurador de la Audiencia el dicho Agustin Flores, que por Octubre de seyscientos y veynete y seys, dos años despues deste auto de prueua, era viuo, y procurador de la misma Audiencia, como consta por el pleyto, fol. 729. De manera, que hazer autos con otro procurador que no auia interuenido en el pleyto, siendo señor de la instancia Agustin Flores, bastara para dar todos los autos por ningunos, ex defectu mādati: mas lo peor fue, que el Manuel Suarez de Solis tenia reuocado el mandato, con la muerte de Iuan de Montedoca, que sucedio dos meses despues de dado, como se dize en la principal alegacion, nu 6. 7. & 8.

4 Este defeto quiere curar la parte contraria en el num. 3. de su alegacion, diziendo, que Manuel Suarez alegò, que este poder auia espirado con la muerte de Iuan de Montedoca, y que assi se auia de citar a las obras pias; y que sin embargo desto, la Audiencia proueyò, que no auia lugar el desistimiento, y que assi quedò vencida esta excepcion. Mas a lo dicho se replica lo siguiente.

5 Lo primero, que lo que alegò Manuel Suarez de Solis, no fue solamente que auia espirado el poder con la muerte, y que se citassen las obras pias, sino que el no auia hecho autos en el pleyto, que esto es euidente, que en todo el no ay auto suyo.

Y no obsta el auerse declarado, que no huuo lugar su desistimiento, ni el auer hecho autos, ni proseguido

proseguido el pleyto con el : porque constando con evidencia, que no tenia mandato, no prejudican sus autos, como fundamos sup. num. 11. nam vt dicit Bald. in l. licet, C. de procurato. num. 2. *Licet falsus procurator sit admissus de facto, tamen non preiudicat de iure.* Y assi como las sentencias dadas con vn falso procurador, no son sentencias, los autos en que admitieron al falso procurador, no son autos, vt probamus in 1. allegat. num. 11. 12. 13. & 14. con derechos solidos e irrefricables, con que se excluye todo lo que dize la parte contraria en el num. 4. de su alegacion.

6 Sin que obste dezir, que estas son de las excepciones reiectas in priore iudicio, & quod non potest iterum ad impediendam executionem opponi, vt conatur probare ex Cavalcan. in decis. 45. num. 64. 1. part. Porque la excepcion de inhabilidad de persona, no se puede prohibir por ninguna ley, ni estatuto, ni sentencia, y la razon es, porque seria dar materia para quitalle a vno su hazienda sin auer litigado, y dar validacion al acto sin sustancia, no existencia, como lo dezimos in allegatione principali, num. 12. & 13. ergo si las sentencias no son sentencias, como dadas con falso procurador, los autos por el coniguiente son ningunos.

7 Y no obsta replicar en el num. 7. la parte contraria, que la doctrina de Bald. in d. l. licet, num. 2. C. de procurato. se ha de entender quando no se opuso del defecto del mandato, y que auendose opuesto y admitido al juyzio, no corre: porque esto se ha de entender quando la excepcion del falso procurador se huiera opuesto por los Patronos de la obra pia: pero oponerse por vno que no era procurador, pues estava espirado el poder, aunque aya auto, no ha lugar su desistencia, siempre se queda falso procurador: imo cõ auer dicho que no tenia mandato, se cõsolidò mas la nulidad de los autos y sentencias: porque la regla es, que la
excepcion

excepcion inhabilitatis personę, la puede ratificar la misma parte antes de oponerle la nulidad, mas despues de opuesta, ni el luez la puede suplir, ni la parte ratificar. Esta fue doctrina original de Ias. en la l. licet, C. de procur, aprovada por diferentes Senados, vt videre est ex Thesaur. decis. 7. nu. 1. ibi: *Ratificationem partis sufficit supervenire in causa, antequam contra non legitime comparentem facta fuerit oppositio*, Caua. decis. 23. num. 17. Lopus, allegat. 31. Alex. Trenta. variarum resolutio. lib. 2. vol. 1. nu. 15. resolut. 2. fallent. 13.

8 Viendo pues la fuerça de estos derechos la parte contraria, en el num. 5. dize, que el mandato se dio dos meses y seys dias antes que muriesse Iuan de Montedoca; y que es cierto que auia hecho Manuel Suarez en el pleyto autos, por no auerse dexado en ningun tiempo de seguir el pleyto; y q̄ assi non erat res integra quando murio Iuan de Montedoca. Estas razones se fundan en imposibilidad, quia non probat hoc esse, quia non cōtingit ab esse, porque no ay tales autos en el pleyto: pero yo pongo, para mas conuencer a la parte contraria, que huiera hecho algun auto en el pleyto antes de morir Iuan de Montedoca (que esto no es assi) auiendo procurador conocido en el pleyto, que era Agustín de Flores, con quien se auia seguido, hasta que se notificò la prueua a Manuel Suarez, tambien estos autos fueran ningunos, y como si no se huieran seguido con parte: porque quando ay procurador conocido, con mandato acetado, no solamente los autos no se pueden hazer con otro procurador, mas ni con la misma parte. Esta fue doctrina de Bartu. en la l. furioso, num. 4. ff. de re iud.

9 Menos obsta dezir en el num. 6. que Iuan de Montedoca mãdò en su codicilo que se le pagasse el salario, cõ lo qual afirma ser cierto y sin duda; auer

auer dexado el dicho poder para que siguiesse el pleyto; y que quando el poder se confiere despues de la muerte del mandante, no espira con la muerte, l. si vero non remunerandi, §. fin. cum l. sequenti, ff. mandati, Manti. de tacitis & ambig. conuen. lib. 7. tit. 24. cum alijs,

10 Porque a esto se responde, que la clausula no le dio mas fuerza al poder que el se tenia: porque solamente dize, *que por quanto el tiene pagado la mitad del salario a Manuel Suarez procurador, manda, que se le pague lo que se le resta deuiendo*, con que fue visto, no solamente auer expressemente querido, que espirasse despues de muerto su poder, mas que quedasse pagado de su salario, y que no corriese mas, q es lo mismo que reuocar el mandato; y prueuase, porque en el mismo codicilo dio poder a los albaaceas de Panama, para que siguiessen el pleyto, y pudieffen cobrar las costas, como consta de la primera clausula del codicilo, fol. 9. de la principal alegacion.

En la nulidad de la exe- cucion.

11 **V**iendo la parte contraria, que la execucion se hizo por cantidad no deuida, como se fundò en la segunda parte de nuestra alegacion, num. 15. & 16. que esto solamente bastaua para sobrefecerla: en el num. 9. de su alegacion la parte contraria afirma, que la citacion de remate estubo bien hecha al Capitan Baltasar Maldonado, y Blas Yañez de Soto, a quien dexò nombrados por albaaceas Iuan de Montedoca, para los negocios de Panama, como parece por las clausulas, num. 17. 18. & 19. de la alegacion principal, porque los tales

les albaceas, quando queda por heredera el alma, habentur loco hæredum, que fue doctrina original de Bart. en la l. alio hærede, ff. de alim. & cib. leg. & ex Boer. Menoc. & alijs quos ibi citat.

12 Porque a lo dicho se responde, que quando los dichos Capitan Maldonado, y Blas Yañez de Soto huuieran acetado el albaceazgo, como despues se dirá, auendosiẽ trauado la execucion en los bienes de España, deuiera se hazer la citacion al Capitan Christoual Nuñez Escacena, y Antonio Suárez Prieto, a quien dexò por Patrones para los bienes de España: porque en este caso no corre la doctrina de Bart. en la l. alio hærede, ex l. fin. C. si vnus ex pluribus tutoribus, vel curato. agant vel conueniantur: adonde parece, que auiedo el Emperador decidido en la l. 1. como el pleyto se puede tratar con qualquiera de los tutores, quando se nombran muchos, lo contrario dize procede, quando el testador dio a los bienes de cada Provincia su tutor: y asì, auiedo dicho los albaceas de Panama, que la citaciõ se hiziera a los albaceas de España, se deuiera hazer asì, y no auendosiẽ hecho, la citacion fue ninguna ex defectu citationis personalis, maxime cùm isti Patroni, & executores testamentarij Hispaniæ nunquam citati fuerint, Rota, decis. 1. de senten. & re iud. & sic nec acta, nec sententia ipsis nunquam nõcuerunt, Pute, decis. 91. num 3. 3. par. Aquil. de Graf. decis. 3. de re iud. adeo nanc citatio necessaria est, quod ea omissa actus ipso iure nullus redditur, l. de vnoquo que, vbi DD. ff. de re iud. Rota, in vna camorensi pecuniaria, 20. de Mayo de 1619. coram domino Cauallario, cum talis sit, quod neque per Principẽ, neque per statutum suppleri possit, neque per sententiam lætam a Principe, Casador. decis. 8. num. 6. de rescrip maxime quando proceditur de potestate ordinaria.

13 Mas la principal fuerza está, en que Baltasar Maldonado y Blas Yañez de Soto, albaceas de Panama, nunca acerraron el oficio, antes desde el principio que se abrió el testamento, lo reclamó Baltasar Maldonado: porque como se refiere en la alegación principal, num. 21. quando pidió que se abriese el testamento, dixo. *Y si el susodicho me dexare por su albacea, tan solamente lo aceto para lo que es enterrarle, y cobrar de sus bienes lo que en ello se gastare, y no para otro efeto, ni causa alguna, de las que el testamento contiene: y sin que sea visto, por acudir al dicho entierro, acetar el dicho albaceazgo, que no lo aceto mas de para el dicho efeto.* Y esto mismo dixeron ambos albaceas a la citación de remate, como parece en la principal alegación, num. 22. De manera, que no estando acettato el albaceazgo, y auiendo respondido, que se citassen los de España, porque ellos no eran albaceas, deuierase hazer assi, como fundamos en la primera alegación, num. 24.

14 Y es error dezir en el num. 10. de su alegación la parte contraria, que los albaceas de España fueron nombrados para el remanente de sus bienes, despues de cumplido su testaméto, y que assi fueron condicionalmēte nombrados: porque todos los albaceas se nombran con la dicha condición de cumplir primeramente los legados y mandas.

Y dezir en el num. 11. que se dieron por buenas las citaciones por auto, importa nada, porque fue lo mismo que citar a vno que no era procurador, ni parte, como diximos del procurador, sup. num. 6. y 7. Y es error dezir, que se induze aceración del albaceazgo, por qualquier auto que se haga, ex Crafo, lib. 2. §. executores, que est. 3. nu. 6. & ex Covar. in cap. penult. de testam. num. 4. Porque aqui no solamente no ay expressa, ni tacita aceptación, mas expressa repudiación, vt patet ibi: *Sin que sea visto, por acudir al dicho entierro, acetar el dicho albaceazgo, que no lo aceto mas de para el dicho efeto, y assi no se puede apremiar.*

5

16 Yes error dezir, que este es acto legitimo, y que no recibe condicion, ex cap. actus legitimi, de reg. iur. in 6. porque esto se entienda en los actos necessarios y forçosos, como son; lex plebis cita, Senatus consulta, decreta Principū, responsa Prudentum, & Magistratum ædicta: porque estos se han de tomar como se decretan, como lo dixo Dino en la misma regla, y asì todos los actos semejantes: pero los actos voluntarios, como son la institucion de heredero, bien reciben condiciõ y dia, vt notat ipse Dinus ibi num. 8. cum sequentibus: y asì, la acetacion del albaceazgo, que es voluntario, bien puede vno acetarlo para vn acto, que lo puede hazer quien no es albacea, como es el en tierro, demas con la protestacion tan expressa como queda dicho: pero la verdadera regla es, que omnes actus etiam legitimi recipiunt diem & conditionem, s. omnes institu. de verbo. oblig. l. 1. C. de iure emphyteotico, Dinus, vbi sup. n. 12.

17 Demas, q̄ aunque fueron citados y se declarò la citacion por bien hecha, ni se les boluio a no tificar el auto ni la citacion, deuiendose tornar a hazer, no solamente con el vno, sino con ambos quãdo fueran verdaderos albaceas, quia in dubio non præsumitur data facultas executoribus insolidum, Balbus decis. 99. & propterea fuit decisum in sacro Concilio Neapolitano, quod si sint dati plures executores in testamento, & vnus tantum fuit citatus processus fuit nullus, vt refert Franch. decis. 622. Y lo que mas se aduertte es, que este auto solamente se notificò a Manuel Solis, y con el solamente se siguió el pleyto, y se boluio a citar, cuya citacion ser ninguna, satis probatum extat in allegatione principali, num. 24. 2. part. vsque ad fin. eius. Y asì la parte contraria, viendose conuencido, no dize nada contra la mal hecha citacion del procurador.

De cómo el mero executor, y los señores desta Audiencia, pueden sobreseer esta execucion, y remitillo al Real Consejo de Indias,

18 Tratamos deste articulo en la tercera parte de la alegacion principal a num. 27. donde prouamos que el mero executor puede conocer de la nulidad de la sentencia, y siendo cierta sobreseer en la execucion, ex Bancio, Gail, & Gregor Lop. cū ibi citatis. Y agora la parte contraria en el num. 12. y 13. de su alegacion, refiere la diferencia que ay del mixto al mero executor, y quiere dezir que solamente los mixtos pueden conocer de la nulidad de las sentencias, non ad effectum terminandi, & pronuntiandi, sed ad effectum remitendi in terim que supersedendi in executione, ex text. celebri in l. si prætor, § Marcellus, ff. de iud. cap. de cætero de re iudic. Y el mero executor cui committitur nudum factum executionis non potest labefactare factum superioris, l. & si non cognitio, C. si contra ius, vel vtilitat. publicam, Gratian. 1. p. disceptat. cap. 146. num. 7.

19 Mas a lo dicho se responde, que aqui concedemos, que el mero executor non cognoscit de vitiis sententiæ, dict. l. & si non cognitio, nec pronuntiatio executoris potest infringere pronuntiatum, Bald. in decis. 99. nec potest admittere aliquas exceptiones ad merita causæ concernentes, Rota Genueus in decis. 119. quia executor merus nullam habet causæ cognitionem, Guido Papæ in decis. 70. per totam, mas es error dezir, quod nõ possit cognoscere ad effectum supersedendi de la nulidad

nulidad notoria, como expresamente lo dicen todos los Doctores referidos in dict. num. 27. in allegat. principali, y especialmente lo dize el cap. de cætero, de re iud. ibi: *De cætero noberis, quod si sententiam a nobis latam precipimus per aliquem executores mādari non est facultas executori de toto negotio cognoscendi sed deferri quæstiones, quæ inciderint ad Sedem Appostolicam oportebit.* Y este texto no se puede negar que no habla en mero executor, vt notat gloss. ibi in verbo *fraus*, ad fin. *Hoc caput de mero executore intelligitur, qui nullam habet cognitionem anexam nisi solum executionem.* Y así lo tienen Abb. Innocent. & Felin. el qual en el num. 4. 5. y 6. in dict. cap. de cætero, despues de auer puesto la regla, scilicet, quod merus executor veluti nuntius missus ad possessionem tradendam nullam exceptionem admittit, dicit; *prædictam regulam falere in quinq; casibus.* Y el primero en el num. 4. es, *Vbi allegatur nullitas notoria quia præualet sententiæ etiam lata super executione quia tunc debet remittere exceptionem nullitatis tamen si nullitas percipitur notoriæ extenore sententiæ potest ea,*

& non remissa denegare executionem. Extradidit a Romano in responso 51. Y en estos mismos terminos de mero executor habló Gail, obseruat. 113. lib. 1. num. 8. vbi loquendo in nudo, & mero executore, dicit. *Quia nudus executor, nudã habet iurisdictionem.* Y en los terminos de la l. si vt proponis, C. de except. rei iudic. y del dicho cap. de cætero, hæc dicit. *Si vero exceptiones non concernat merita causæ, sed sententiam nullitatis arguant tanquam ex falsis instrumentis latam tunc de huiusmodi exceptionibus nullitatis executor etiam cognoscere potest, & siquidẽ appareat illas obstare executioni remittit causam ad iudicem priorem.*

20 Y esto mismo tuuo Borello in titul. de exceptionibus, num. 40. & 41. loquendo in mero executor, y mejor que todos la l. 52. titul. 18. par 3. a donde despues de auer decidido como se han de executar

executar las cartas del Rey sin pleyto ni embargo ninguno, como quando manda prender, matar, derribar torres o fortalezas, o hazer cumplir al gū juyzio, dize que esto se ha de cumplir sin poner de fension ninguna: y luego dize. *Fueras ende si pudiere mostrar que aquella carta es falsa, o si fuere carta en que mande cumplir algun juyzio, e pudiere prouar que aquel juyzio fue dado por falsos testigos, o por falsas cartas, empero aquel a quien fuese embiada la tal carta, bien puede fazer prueua sobre tales defensiones, e fazerlo saber al Rey.* Que verdaderamente es la misma decision del cap. de cetero. Y quien mejor lo declarò es Gregor. Lop. in gloss. verbo, falsas cartas, vbi dicit, *Quod ille cui est commissa executio sententiae*, puede conocer de las dichas excepciones, o otras semejantes, aunque sea sentençia de Principe, quod satis dicit sibi placere.

21 Y aũque Antonio Fabro in decis. 29. C. de except. rei iudic. infert, ex dict. l. si vt proponis non posse iudicem requisitum cognoscere de nullitate sententię, esto se ha de entender quando nullitas non procedit a iure communi, como lo dixo Serafino in decis. 579.

22 Y Gratiano alegado por la parte contraria en la disceptacion 146. en el nu. 7. habla de nullidades reiectas, vel quod potuerunt reijci, y no de la nulidad o defecto de citacion, y de falso procurador, que estas nec possunt reijci, nec à principe, nec a statuto remitti. Y finalmente no duda Gratiano en la dicha disceptacion, que el mero executor pueda conocer de la nulidad notoria, y remitir la causa al superior. La duda que se propuso fue si este mero executor puede ser cõpelido a sobreseer en la causa, y a sobreseer en la execuciõ, vt patet in num. 3. 4. & 5. cum seqq.

23 Vnde, como aqui estamos en materia de nulidades incurables si miramos a la carta executoria por el falso procurador, si miramos a la execucion

cion y sentencia de remate por auerse dado el m⁷andamiento de execucion por lo que no contienen las sentencias, y por defecto de la citacion de remate, justamente se pide que se deniegue el mandamiento de execucion, reuocando las sentencias dadas, o se sobreesca y remita al superior, que está do en tan alto tribunal, aun es frustratorio auer tratado del mero executor que puede ser compelido a sobreesca en la dicha execucion.

24 Quibus addo el estar en caso de requisitoria no exequible, porque es execucion de sentencias no conformes, de que está suplicado, y admitida la segunda suplicacion, que aun no se pueden executar sin dar primero la fiança, y supuesto que toda la causa a de yr al Real Consejo, la remision a de ser a los señores del.

25 Y lo que mas es, que siendo la requisitoria para dar possession de los bienes executados, por el mismo caso que hallò otros poseedores del, como los mismos patronos de Moguer, y los mismos terceros como don Alonso de Eruias por su censo es visto auerle cometido el conocimieto de la causa, & sub intelligitur in commissiõne quando alius est in possessione clausula vocatis vocãdis ex qua meri executores efficiuntur, meri iudices, Ricus in decis. Neapolit. 13. & in collectanea 1304 fol. mihi 649. 4. p.

26 Con que se afirma mas lo que se dixo en la principal alegacion, num. 29. vers. la tercera razon, de que esta requisitoria se denio de presentar a donde estauan los bienes y poseedores dellos, ex l. 1. C. vbi de possessione, pues no se puede dar la possession nisi vocatis ipsis possessoribus, y assi se excluye lo que dize el abogado contrario en el num. 14. que es en eleccion de pedir la execucion donde está la mayor parte de la hazienda, ex l. si fideicommiss. 50. ff. de iud. porq̃ este texto es particular en materia de fideicommissos.

27 Et tandem no obsta dezir en el num. 15. que don Alonso de Eruias, tercero opositor, no puede tener derecho de hipoteca, vt diximus in principali allegatione, nu. 33. porque statim soluto matrimonio, se le adquiere el dominio irrenuocabilmente de los bienes gananciales a la muger, ex Gu-tier. lib. 7. pract. quaest. 118. num. 12. & 13. Morquecho, de diuisione bonorum, lib. 2. cap. 14. num. 2. porque esto se ha de entender en la mitad de los bienes estantes, y en la otra mitad tendra mejor derecho don Alonso de Eruias; y no eran bienes estantes el juro de los veynte y dos mil ducados, porque se comprò despues de muerta la dicha doña Mencia, que fue el año de diez y seys, y la compra el año de diez y siete: y por el contiguiete en este juro no puede tener mas de accion personal, por la cantidad de los bienes multiplicados; y dō Alonso de Eruias tiene la accion hipotecaria por su contrato en todo el: y quando huniera sido estante, no se le pudo transferir a la dicha doña Mencia el dominio y possessiō, mas de en la mitad del dicho juro, y en la otra mitad es mejor el de don Alonso de Eruias, y assi las sentencias que se tratã de executar, no le perjudicaron, ex d. l. 3. ff. de pig. vbi sup. *Lata contra debitorem non preiudicat creditori, si lata fuerit post primum contractum;* y por el cōfiguete, con su execucion no ha de ser despojado de su possessiō y derecho, sino preferido y conseruado en el, vt supra diximus.

Del derecho de los demas terceros, satis scriptum est in dicta allegatione principali, quibus obtinere speramus. Salua in omnibus V. D. C.